

PAOLO STANCATI

## GOVERNO DEI VECCHI E NUOVI MEDIA, RUOLO DEGLI ORGANI DI GARANZIA E PRESÌDI COSTITUZIONALI DELLA INFORMAZIONE E DELLA RADIODIFFUSIONE: SPUNTI PROBLEMATICI

**SOMMARIO:** Originari presidi di garanzia *ex art. 21 Cost.* ed espansione dei poteri delle autorità indipendenti nella materia informativa e radiotelevisiva. — 2. Centralità del ruolo delle « Autorità nazionali di regolamentazione » nel diritto dell'Unione Europea (e nel diritto interno). — 3. Lata assimilabilità del ruolo assunto dalla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a quello della *Federal Communications Commission* statunitense: perplessità derivanti dalla non comparabilità dei rispettivi sistemi e modelli di riferimento. — 4. Evoluzione e trasfigurazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: da organo garante del sistema mediatico a organo « tutore » del corretto esercizio di un diritto di libertà fondamentale. — 5. Difettosità della più recente disciplina « di sistema » del mezzo radiotelevisivo: irragionevole commistione di intenti funzionalisti e individualistici e riaffermazione della (mai svolta) « missione » della radiotelevisione (complessivamente intesa). — 6. Espansione dei poteri della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nella più recente legislazione. — 7. L'organo di garanzia nella sua consistenza e rappresentazione soggettiva. — 8. Analisi della più recente condotta della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. — 9. Ampiezza delle competenze regolamentari dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: analogie con i regolamenti indipendenti e delegati.

### 1. ORIGINARI PRESÌDI DI GARANZIA *EX ART. 21 COST.* ED ESPANSIONE DEI POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI NELLA MATERIA INFORMATIVA E RADIOTELEVISIVA.

Problema che involge i profili spiccatamente costituzionalistici della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione avendo riguardo alla « tenuta » del rispettivo regime di garanzia, è quello che attiene alla imponente trasformazione dei meccanismi di « governo » — genericamente intesi — del pensiero diffuso attraverso i *media* (radiotelevisione sopra tutti); con particolare riguardo al progressivo decadimento delle competenze del legislativo ed alla connessa evoluzione in senso ampliativo dei poteri (segnatamente regolamentatori e regolatori)<sup>1</sup> delle autorità indipendenti

<sup>1</sup> A. LOIODICE, *Organi di garanzia nel sistema radiotelevisivo*, in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisio-*

*ne in Italia* a cura di P. Barile e R. Zaccaria, Torino, 1994, 92 ss.; U. DE SIERVO, *Gli organi statali di governo del sistema ra-*

operanti nell'ambito dei « vecchi » e « nuovi » mezzi di diffusione<sup>2</sup>. In questa sede si tratterà un essenziale quadro critico-ricostruttivo avendo precipuo riguardo alla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e fornendo, altresì, alcuni ragguagli di ordine storico-evolutivo in riferimento agli organismi di garanzia che si sono succeduti all'interno del settore della comunicazione genericamente intesa.

È bene subito avvertire che qualunque intervento ampliativo delle competenze e funzioni in capo alle autorità in parola, operato dalla legge, deve, per necessità, essere commisurato e rapportato all'ambito entro il quale si situa l'attività svolta dagli organi di garanzia; il quale è e resta — almeno per quanto riguarda le competenze riconducibili al « governo » della radiodiffusione e, più in generale al fenomeno mediatico-informativo e al sistema « unificato » o « convergente » dei nuovi e vecchi mezzi di diffusione del pensiero — quello presidiato dai principi enunciati nell'art. 21 Cost. e dal connesso assai rigido statuto di garanzia. Si tiene infatti per fermo, nella presente indagine, il presupposto in base al quale il campo applicativo dell'art. 21, I comma, deve ritenersi ricomprensivo della dimensione strumentale del diritto in parola<sup>3</sup>, includendo, pertanto, i profili afferenti alla disciplina e, più in generale, alle attività che ineriscono al « pensiero diffuso » attraverso i *media*. È in dipendenza di tale essenziale premessa che si presterà particolare attenzione ai possibili episodi di discrasia indotti dalla mancato o incompleto o solo parziale ossequio — da parte del legislatore — ai principi ora richiamati; con particolare riguardo al più grave di tali episodi, ovvero alla eventuale elusione (o, quanto meno, più o meno sostanziale erosione) della riserva assoluta di legge statale<sup>4</sup>.

Va, dunque, riaffermato, soprattutto in riferimento alla eventuale assunzione, da parte dell'AGCOM, di poteri normativi così

*diotelevisivo*, in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, a cura di P. Barile e R. Zaccaria, Torino, 1994, 81 ss.

<sup>2</sup> P. CARETTI, *Le fonti della comunicazione*, in *Quad. cost.*, 2004, 316-7.

<sup>3</sup> S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 241 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 444 ss.; *contra*, sia pure sotto diverse angolazioni, V. ZENO-ZENCOVICH, *La disciplina della radiotelevisione nella società della comunicazione*, in *Quad. cost.*, 2004, 325 ss. e spec. 329-30, nonché A. PACE, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *Dir. radiodiff.*, 1999,

14-8 ss., Id., *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, 165 ss.

<sup>4</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1072 e spec. nt. 1, il quale sottolinea come il principio della riserva di legge debba ritenersi « comune a tutti i rapporti attinenti alle libertà »; S. FOIS, *Relazione sui principi generali della disciplina delle radiotelevisioni private*, in AA.VV., *Una disciplina per le radiotelevisioni private*, Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei, Milano, 1981, 16-9; Id., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, cit., 247; Id., *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, 1144; in tema si vedano C. cost. nn. 1/1956, 48/1964, 9/1965, 89/1979, 100/1981.

espansi da situarsi ad un livello equivalente a quello primario — a causa della assenza (o sostanziale carenza) di normazione di principio nell'ambito considerato e della conseguente discrezionalità con cui i poteri in discorso vengono esercitati — che dovrebbero valere, anche in confronto all'organo in questione, le censure che già vennero mosse in riferimento alla indebita svalutazione e sostantiva emarginazione del concetto (e principio) di « primarietà »; inteso, quest'ultimo, come non derogabilità del presupposto consistente nella necessaria, costante, tendenzialmente esaustiva azione della legge; proprio in quanto, a sua volta, presidio essenziale e ineludibile — tal presupposto — del vigente assetto costituzionale in materia di libertà di manifestazione del pensiero. Ciò, in particolare, per il fatto che la sottrazione all'atto-fonte legislativo della competenza in ordine alla introduzione di norme « prime » (cioè situate direttamente « a ridosso » della Costituzione ed immediatamente esplicative dei principi da questa affermati) implica, inevitabilmente, specie laddove tale situazione si manifesti in relazione alla disciplina di un diritto di libertà civile da qualificarsi propriamente inviolabile, la elusione e la rottura del « sistema di garanzie e di legittimazione democratica delle assemblee legislative », nonché la sostanziale incisione della forma di governo, dal momento che viene ad essere « sviata » la « competenza ad adottare le scelte normative di principio e di indirizzo più rilevanti »<sup>5</sup> negli ambiti in questione. Ciò che fu detto a proposito della impropria — e per molti versi illegittima — espansione dei poteri normativi dell'esecutivo-amministrazione<sup>6</sup>, vale, dunque, e a maggior ragione, stante la estrema delicatezza della materia trattata (e a malgrado della minor « politicità » dell'organo attributario dei poteri normativi in discorso), in confronto alla « innaturale », estesa attribuzione di competenza regolamentare alla AGCOM; la quale competenza è assai prossima, nella sua sostanza, a quella, appunto, primaria, per il fatto di situarsi, senza una congrua intermediazione legislativa, ad un livello immediatamente prosecutivo dei principi costituzionali nella materia informativa e radiotelevisiva e, quindi, in riferimento ad un ambito afferente alla (e ricompreso nella) libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*

Va rammentato, in merito alla centralità ed essenzialità dell'intervento legislativo, anche in riferimento ai mezzi di diffusione ed al profilo strumentale della libertà di pensiero, la rinnovata attenzione che fu palesata dalla « Commissione parlamentare per le riforme istituzionali » (cd. Commissione Bozzi) e che risulta dalla formulazione proposta in riferimento alla « riscrittura » dell'art.

<sup>5</sup> A.A. CERVATI, *Commento agli artt. 70-72*, in *Commentario della Costituzione*, a cura

70-74), Tomo I, 1, Bologna-Roma, 1985, 28.

di G. BRANCA, *La formazione delle leggi* (art.

<sup>6</sup> A.A. CERVATI, *Commento agli artt. 70-72*, 27 ss.

21 Cost. (*Relazione conclusiva* presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985, IX legislatura, Camera dei Deputati-Senato della Repubblica, Doc. XVI-bis, n. 3, 66-8). Quivi, assai rigidamente — e correttamente —, viene ribadito il ruolo essenziale della legge, in tutti gli aspetti in cui la libertà di manifestazione del pensiero si rappresenta, sia quelli sostanziali che quelli strumentali. In tutti e tre gli articoli (21, 21-bis e 21-ter) di cui consta la formulazione in oggetto — ed in cui la Commissione Bozzi individuava quello che sarebbe dovuto essere il « nuovo » statuto costituzionale del diritto in discorso — l'intervento del parlamento è inteso come necessario ed obbligato, oltre che « esclusivo ». Si esaminino, in particolare, le proposte inerenti all'art. 21, I comma (« Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ... con i soli limiti tassativamente previsti dalla legge »; all'art. 21, II comma (« La legge stabilisce provvedimenti adeguati a reprimere le manifestazioni contrarie al buon costume »; all'art. 21-bis, I comma (« Nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, tutti hanno il diritto di cercare, trasmettere, e ricevere informazioni »); all'art. 21-ter, I comma (« La legge detta le norme necessarie per impedire la formazione di concentrazioni »; « Stabilisce la pubblicità della proprietà ... »; « Riconosce carattere di preminente interesse generale al servizio pubblico radiotelevisivo e definisce le modalità per l'istituzione e l'esercizio di emittenti radiotelevisive da parte di privati »; « Disciplina il diritto di rettifica e le condizioni per l'accesso di singoli e di gruppi al servizio pubblico radiotelevisivo »).

## 2. CENTRALITÀ DEL RUOLO DELLE « AUTORITÀ NAZIONALI DI REGOLAMENTAZIONE » NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA (E NEL DIRITTO INTERNO).

Ciò detto, occorre rilevare che rivestono rilievo sempre più esteso le istanze che provengono dal diritto dell'U.E., le quali, a loro volta, presumono non solo l'istituzione da parte degli stati membri di organismi di garanzia indipendenti ed autonomi (e che esercitino le loro funzioni in modo « imparziale » e « trasparente »)<sup>7</sup>, ma, altresì, l'affidamento a questi delle vaste competenze poc'anzi evocate, specie di tipo regolatorio e regolamentare.

Il ruolo delle « Autorità nazionali di regolamentazione » assume, in sede comunitaria, un significato essenziale e pregnante soprattutto alla luce della più recente normazione, destinata a introdurre le linee essenziali di disciplina per lo strategico settore della comu-

<sup>7</sup> C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.

nicazione elettronica, comprensivo, per ciò che qui particolarmente interessa, della nuova radiotelevisione « unificata » o « convergente » seppur con i necessari distinguo imposti dall'ancor prevista (e recentemente ribadita) separabilità e distinguibilità fra TLC e radiodiffusione (art. 2, III comma, d.lgs. n. 214/2003 « codice delle comunicazioni elettroniche ». Si veda, oltre alle direttive « televisione senza frontiere » (89/552/CE e 97/36/CE), la recente e centralissima direttiva quadro 2002/21/CE, relativa alle reti ed ai servizi di comunicazione elettronica, in cui vengono compiutamente tratteggiati (ed esaltati) i compiti delle autorità in discorso ed in cui risalta, altresì, la complessità delle funzioni a queste riconosciute. Si osservi, in particolare, la disciplina contenuta nell'art. 3 e nell'art. 8, quest'ultimo incluso nel capo III, dedicato, appunto, alle « Funzioni delle Autorità nazionali di regolamentazione ». Né va sottaciuto il rilievo che, nella cit. direttiva quadro, assume la stretta e costante correlazione fra attività delle Autorità nazionali e poteri della Commissione: « Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione forniscano alla Commissione, su richiesta motivata, le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti che il trattato le conferisce » (art. 5, II comma). La novità e importanza dell'impianto prescrittivo della direttiva quadro del 2002 in ordine al ruolo ed ai poteri delle autorità nazionali di garanzia si appalesa ancor più chiaramente laddove si valuti tale impianto — in termini evolutivi — alla luce della previgente disciplina introdotta in sede comunitaria. Se ne confronti, in particolare, l'impostazione con quella delle due direttive « televisione senza frontiere » sopra richiamate, in cui sono ancora gli stati membri — e non le autorità di garanzia — i soggetti destinatari dei principi implicanti i (pur già imponenti) compiti « di governo » e di disciplina del sistema radiotelevisivo.

La progressiva inclusione dell'ambito in questione entro il campo d'applicazione del diritto dell'Unione pone, dunque, ulteriori e non facili problemi di compatibilità fra i cennati ineludibili presupposti di garanzia desumibili dall'art. 21 Cost. e la assai più « libera » impostazione della normativa comunitaria; specie per ciò che attiene alla possibilità, da parte della legge, di adeguarsi — in sede di attuazione e di introduzione del diritto interno « derivato » — a quei principi che imponessero un grado ancor più elevato di autonomia in ordine alla azione (segnatamente regolamentare) delle autorità di garanzia ed, eventualmente, rimarcassero, in termini ancor più estremi, la « distanza » di queste ultime dal legislativo, prefigurandone la più o meno esclusiva « dipendenza » dalla Commissione.

È noto che gli organismi in parola — « Garante » per la attuazione della legge sulla editoria (art. 8, l. n. 416 del 1981), « Garante per la radiodiffusione e l'editoria », (art. 6, l. 223 del 1990), « Autorità per le garanzie nelle comunicazioni » (art. 1, l. 249 del 1997) — si differenziano, anche in maniera rilevante,

avendo riguardo alle funzioni loro attribuite dalle rispettive leggi istitutive e, conseguentemente, alla natura, alla posizione ed al ruolo assunto nell'ambito, qui considerato, della fenomenologia informativa e radiotelevisiva; il che risulta in modo evidente per ciò che concerne la progressiva dilatazione delle competenze nel settore della radiotelevisione rispetto a quelle riconducibili al settore dell'editoria.

Deve qui avvertirsi che, se l'evoluzione in senso ampliativo dei poteri della AGCOM ha trovato una sua conferma nella più recente legge « di sistema » della radiodiffusione n. 112/2004 (cd. legge Gasparri), il processo in parola si era già manifestato con la legge n. 249 del 1997 (legge Maccanico). È infatti alla legge Maccanico, istitutiva della AGCOM, che va ascritto l'intento di delineare l'azione dell'organo in termini assai estesi e, soprattutto, di affidare ad esso competenze connotate da un grado elevato di discrezionalità; caratterizzazione cui consegue una rilevante espansione della funzione propriamente regolatoria ed un altrettanto rilevante ampliamento del potere regolamentare. Né potrebbe essere, a tal proposito, riguardata come una inversione di tendenza — quanto meno non in termini radicali e definitivi — la recente « riassunzione », da parte dell'esecutivo-amministrazione, di talune competenze prima spettanti all'autorità di garanzia<sup>8</sup> ed operata per il tramite della legge Gasparri e, già prima, del d.l. n. 5 del 2001 (episodi di cui si darà conto fra breve).

### 3. LATA ASSIMILABILITÀ DEL RUOLO ASSUNTO DALLA AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI A QUELLO DELLA *FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION* STATUNITENSE: PERPLESSITÀ DERIVANTI DALLA NON COMPARABILITÀ DEI RISPETTIVI SISTEMI E MODELLI DI RIFERIMENTO.

La situazione ora descritta denota l'intento del legislatore — se non alla vera e propria o « cosciente » assimilazione — quanto meno all'avvicinamento e alla tendenziale conformazione dei poteri e del ruolo delle autorità di garanzia operanti nel complessivo settore delle comunicazioni rispetto a quelli dei corrispondenti (e capostipiti) organismi indipendenti tipici, in particolare, della esperienza statunitense<sup>9</sup>; ciò che è avvertibile ove si ponga attenzione alla sempre più accentuata dinamicità dell'azione affidata e riconosciuta alla AGCOM. È dato, infatti, rilevare una qual certa raffrontabilità ed analogia<sup>10</sup> — equiparazione sarebbe dir

<sup>8</sup> C. CHIOLA-S. VANNINI, *Radiotelevisione*, in *Enc. giur.*, XXV, 6.

<sup>9</sup> In generale sulle *independent regulatory commission* americane v. C. MORTA-

TI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 305-6.

<sup>10</sup> A.M. BERNINI, *Profili della comunicazione nel diritto comparato — Ordina-*

tropo — fra le funzioni della AGCOM e quelle assegnate alla *Federal Communications Commission* (FCC) americana; sebbene tal processo evolutivo dovrebbe reputarsi assai poco conferente al modello italiano inerente al settore delle comunicazioni, a causa della sua specificità rispetto a quello americano e, ancor prima, a causa della diversità dei due sistemi politico-istituzionali, con particolare riferimento agli irrigidimenti, in quello italiano, indotti dalla stessa Costituzione, primo fra tutti quello ruotante sulla richiamata centralità del ruolo assegnato alla legge e sulla conseguente assai più incisiva, capillare ed obbligata azione definitoria che spetta (o dovrebbe spettare) al parlamento nella materia qui considerata. Ciò, di contro alla compatibilità con il sistema statunitense dell'elevato grado di autonomia della FCC<sup>11</sup>, ricollegabile alla (e bilanciato dalla) stretta e costante « dipendenza » di questa rispetto alla vasta azione svolta dagli organi giurisdizionali federali, implicante, a sua volta, larghi margini equitativi<sup>12</sup>. Va, a tal proposito, ricordata la rilevantissima incidenza delle pronunce di questi ultimi organi, segnatamente in sede di controllo di costituzionalità, in confronto alle scelte operate dalla FCC.

È noto il rilievo assunto dalla FCC nel sistema statunitense delle comunicazioni<sup>13</sup>, specie a seguito della apparizione del *Telecommunications Act* del 1996<sup>14</sup>; rilievo che si manifesta, per ciò che qui interessa, soprattutto nel potere di adeguare ed « implementare » (*media ownership policy reexamination*), in termini assai dinamici, i parametri inerenti alle regole *antitrust* (*media ownership rules*) ed, in particolare, i limiti apponibili al possesso, specie di tipo congiunto, di televisioni nazionali e locali, nonché a quello di tipo incrociato di giornali e televisioni. Nell'ambito di tali competenze acquista, poi, specifica evidenza la possibilità di determinare le restrizioni apponibili alla titolarità dei grandi *networks* televisivi nei singoli mercati in funzione del parametro — peraltro diverso, nella sua consistenza e « composizione », da quello fissato ed utilizzato in Italia — rappresentato, essenzialmente, dalla *audience* raggiungibile.

È evidente l'alto grado di discrezionalità implicato dai processi valutativi e decisionali della FCC quali quelli ora accennati, i quali postulano, oltre tutto, un apprezzamento assai « libero » della evoluzione dei « mercati » di riferimento, soprattutto in considerazione del progresso e dello sviluppo delle tecniche trasmissive. Ap-

mento statunitense e ordinamento italiano, Padova, 2001, 281 ss.

<sup>11</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, 80 ss.

<sup>12</sup> MANETTI, M., *Poteri neutrali e costituzione*, cit., 94.

<sup>13</sup> A. KAHN-T. TARDIFF-D. WEISMAN, *The Telecommunications Act at three*

*years: an economic evaluation of its implementation by the Federal Communications Commission*, in *Information Economics and Policy*, 1999, 319 ss.

<sup>14</sup> A.M. BERNINI, *Profili della comunicazione nel diritto comparato — Ordinamento statunitense e ordinamento italiano*, cit., 81 e spec. nt. 131 e 132.



pare, pertanto, assai significativo il fatto che si rintracci, anche presso la AGCOM, una vasta attività « di governo » del sistema dei *media* che può dirsi liminare, nelle sue potenzialità e caratterizzazioni, a quella ora vista; il che si pone a conferma di quanto si accennava a proposito del rapporto di lata o tendenziale analogia e di progressivo avvicinamento delle funzioni dei due organismi.

Ma è proprio in confronto a tale situazione che andrebbero ribadite quelle perplessità già sopra manifestate circa la compatibilità della assunzione di così vaste responsabilità regolamentatorie, « gestorie », di vigilanza e controllo da parte della AGCOM, specie in dipendenza della sua diversa « situabilità » istituzionale e — per ciò che qui particolarmente interessa — costituzionale. Va, a tal proposito, adeguatamente rimarcato come persista, nella esperienza italiana del « governo » dei *media*, quello che potrebbe definirsi come un vero e proprio *deficit* costituzionale dell'AGCOM; quanto meno laddove l'azione dell'organo indipendente « intercetti » e contribuisca a conformare, in misura più o meno rilevante, l'esercizio di un diritto fondamentale o, peggio, propriamente inviolabile, quale quello qui considerato<sup>15</sup>.

Il *deficit* in parola non può non riverberarsi sulla diversa e meno garantita posizione della autorità di garanzia all'interno del vigente assetto costituzionale e sulla conseguente maggior cautela che dovrebbe permeare qualunque proposito, specie se manifestato in sede legislativa, volto al rinvigorimento dell'azione ed alla espansione delle competenze dell'Autorità stessa, segnatamente se tal propensione venga a manifestarsi avendo riguardo ad una (nel momento attuale) indebita assimilazione alle (funzioni delle) Camere parlamentari attraverso l'attribuzione di una ingente attitudine normativa sostanzialmente (o « materialmente ») parificabile a quella di rango primario. E, ciò, pur se l'esigenza di far luogo ad un formale riconoscimento in Costituzione delle autorità indipendenti o di garanzia — e, quindi, alla positiva formalizzazione di una « dignità » costituzionale — non sia affatto sconosciuta né nuova all'interno del dibattito politico-istituzionale, specie più recente. Ve n'è traccia, ad esempio, nel progetto definitivo licenziato dalla cd. Commissione bicamerale (ovvero, più precisamente, nel « Testo risultante dalla pronuncia della commissione sugli emendamenti »)<sup>16</sup> — infelicemente divenuto, poi, quella sorta di *res derelicta* ben nota agli studiosi del diritto costituzionale — in cui appare espresso, all'art. 109 ed in termini tutt'altro che riduttivi, il cennato riconoscimento formale. In tale

<sup>15</sup> E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, Quaderno n. 3 — Seminario 2002, a cura della Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Torino, 2003, 77 ss.

<sup>16</sup> V. sul punto, S. GRASSI, *Sistema delle garanzie*, in AA.VV., *La riforma della Costituzione nel progetto della bicamerale*, a cura di P. Caretti, Padova, 1998, 73-5.



formulazione è affermato con chiarezza — ed è ciò che qui particolarmente preme sottolineare — il presupposto della liminarietà ed « afferenza » dei compiti assegnati alle autorità di garanzia all'area dei diritti fondamentali — « Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite Autorità » (art. 109, I comma) — e viene conseguentemente operato — nella sua sede « propria », quale, appunto, quella costituzionale — quel fondamento ineludibile (in quanto abbisognevole d'essere esplicitato per il tramite esclusivo della legge di revisione) dell'azione degli organismi di garanzia nel campo dei diritti di libertà civile. Semmai, altro problema — che si porrà inevitabilmente se e quando formule del tipo ora visto venissero nuovamente approntate o, addirittura, entrassero in vigore — è quello che attiene alla compatibilità di un tal vasto e « nuovo » assetto di competenze in confronto ai regimi originari ed « inviolabili » dei diritti di libertà (specie di libertà civile), dal momento che l'« ingresso » delle autorità indipendenti nell'ambito in questione potrebbe incidere proprio sulla compattezza ed intangibilità dei detti regimi. A tal ultimo proposito va rammentato che, certamente in funzione di garanzia, il sopra richiamato progetto prevedeva — all'art. 90, II comma, lett. b) — l'approvazione della legge relativa alla « istituzione e disciplina delle Autorità di garanzia e di vigilanza » da parte delle due Camere e introduceva — all'art. 109, II comma — ulteriori meccanismi volti a sottolineare e rafforzare la neutralità ed indipendenza delle autorità stesse<sup>17</sup> (con particolare riguardo alla necessità della maggioranza dei 3/5 dei componenti il Senato della Repubblica per l'elezione dei « titolari » degli organismi suddetti).

Sta di fatto — tornando al tema specifico qui trattato, inerente alla comparazione delle funzioni della AGCOM in confronto a quelli della FCC americana — che, sebbene l'AGCOM non possa dirsi attributaria, al pari della FCC, di poteri che implicano la vera e propria individuazione delle *media ownership rules* (la cui fissazione permane, in Italia, in capo al legislativo), essa possiede inequivocabilmente — specie alla luce della disciplina legislativa più recente — competenze decisorie che incidono, ed in termini considerevoli, sulla sostantiva conformazione e sul vero e proprio « dimensionamento » del sistema mediatico; ciò, in specie, avendo riguardo al momento attuale dello sviluppo della radiodiffusione ed alla sua — non più soltanto imminente, ma già iniziata — profonda trasformazione, ovvero alla fase di transizione dai vecchi ai nuovi *media* (e, soprattutto, dalla vecchia radiotelevisi-

---

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, ancora S. GRASSI, *Sistema delle garanzie*, cit., 74.

sione analogica a quella digitale) ed all'avvento delle nuove metodiche trasmissive; eventi collegati, a loro volta, al processo di convergenza e unificazione dei *media*, alla « rivoluzione » numerico-digitale, a quella informatico-telematica, alle tecniche di compressione dati e ad Internet.

E, del resto, l'affidamento alla AGCOM di attribuzioni del tipo ora visto, qualitativamente assai rilevanti e « strategicamente » decisive ai fini della configurazione del mercato e del sistema dei *media*, è rimasto indenne anche a seguito degli interventi della Corte costituzionale. Se ne ha conferma nella sent. n. 466/2002, in cui la Corte non ha riscontrato motivi di illegittimità a riguardo della assegnazione, da parte della legge, dei poteri concernenti la concreta determinazione del termine ultimo entro il quale porre fine al regime transitorio abilitativo dell'esercizio delle cd. emittenti eccedentarie: « Non è, infatti, l'affidamento della concreta determinazione del termine ad una Autorità amministrativa indipendente a comportare vizi di legittimità costituzionale del termine stesso, bensì il suo aggancio a criteri e modalità fissati dal legislatore, non idonei ad assicurare — legati come sono ai tempi di realizzazione dei sistemi alternativi di trasmissione — alcuna certezza di cessazione della fase transitoria entro un termine congruo e definitivo » (v. il n. 10 del « considerato in diritto »).

#### 4. EVOLUZIONE E TRASFIGURAZIONE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI: DA ORGANO GARANTE DEL SISTEMA MEDIATICO A ORGANO « TUTORE » DEL CORRETTO ESERCIZIO DI UN DIRITTO DI LIBERTÀ FONDAMENTALE.

I poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono, come accennato, assai vari ed estesi: da quelli normativi, di regolazione e propriamente autorizzatori a quelli consultivi, di verifica e controllo, fino a quelli sanzionatori. Spiccano, fra essi, in via meramente esemplificativa, quelli più densi di significato decisivo — e più noti, a causa dell'impatto sul settore della radiodiffusione in Italia — relativi al rispetto delle soglie deconcentrative e dei limiti alla raccolta pubblicitaria, ai tempi e ai presupposti connessi alla trasformazione o riconversione dei sistemi tecnico-trasmissivi e all'adeguamento dei relativi apparati, alla regolamentazione dei periodi intermedi o transitori (e alla connessa differibilità dei termini o introducibilità di deroghe ai fini della applicazione dei limiti e delle soglie stabiliti dalla legge). A quelli ora enumerati vanno poi aggiunti gli ulteriori compiti — di grande importanza — implicanti un lato apprezzamento in ordine a dati economici ed evolutivisti, quali le « situazioni » di effettivo sviluppo dei mercati. Ma sono tutte, in generale, le competenze che la legge assegna all'AGCOM, specie quelle si esercitano per il tramite di di-

retti interventi incidenti sul governo<sup>18</sup> del settore radiotelevisivo, che postulano un'alta quota di discrezionalità e che, proprio in forza di tal omogenea connotazione, danno il senso del rilievo e della centralità assunti dall'organo.

Si osservi, per una recente conferma di quanto ora detto, il rilievo della azione (ampiamente discrezionale) affidata alla AGCOM in ordine all'accertamento delle condizioni inerenti a « modalità e tempi di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249 » (d.l. n. 352/2003, convertito, con modificazioni, in legge n. 43/2004) ed all'avvento del cd. digitale terrestre. Va rimarcata, a tal proposito, da un lato la essenzialità dei compiti (e delle valutazioni) attribuiti alla AGCOM ai fini della successiva decisione politica circa la trasformazione e « sistemazione » del mercato radiotelevisivo, dall'altro la esaltazione della cennata quota di discrezionalità presente nella funzione accertatoria della AGCOM. Solo apparentemente, infatti, i compiti commessi all'organo potrebbero definirsi di natura meramente tecnica od « oggettiva », come le locuzioni « esame » ed « accertamento », adoperate nell'art. 1, cit. d.l. n. 352/2003, potrebbero far presumere. Essi comprendono e postulano, invece, un innegabile ed ampio apprezzamento, quanto meno in ordine alla individuazione dei parametri alla stregua dei quali svolgere la valutazione; ciò che si può evincere, oltre tutto, dalla presenza, nel cit. art. 1, I comma del decreto, del consueto riferimento alle « tendenze in atto nel mercato » e, quindi, alla riconducibilità della valutazione stessa ad un concetto eminentemente ed intrinsecamente evolutivo.

Come si avvertiva, la legge n. 112/2004 può esser vista come sostanzialmente prosecutiva della linea precedentemente tracciata dalla legge Maccanico (l. n. 249/1997); in essa la AGCOM conserva una posizione centrale. Se ne vedano gli esiti normativi più significativi nell'art. 6, II comma (esplicitazione dei principi generali in materia di informazione radiotelevisiva); nell'art. 12 (adozione e aggiornamento del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale; fissazione dei criteri generali per l'installazione di reti di comunicazione elettronica); nell'art. 17 (fissazione, d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, delle linee-guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo); nell'art. 19 (verifica dell'adempimento dei compiti da parte del servizio pubblico radiotelevisivo in conformità ai parametri stabiliti in sede comunitaria); nell'art. 22 (attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale); nell'art. 25 (monitoraggio e verifica del processo di conversione alla tecnica digitale).

---

<sup>18</sup> Così, esattamente, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2004, 192 ss.

Ma, al di là di tali pur significative conferme circa il ruolo dell'AGCOM all'interno del sistema dei vecchi e nuovi *media*, mette conto qui di segnalare ed evidenziare — in termini assai perplessi e dubitativi — quello che, da un'ottica squisitamente costituzionalistica, appare rappresentarsi come il « salto » qualitativo e il vero elemento di novità introdotto dalla legge Gasparri in ordine alla caratterizzazione dell'organo in parola; quel dato normativo, cioè, che, per le prospettive che rischia di aprire (a causa della prossimità ai presidi costituzionali di garanzia più volte evocati delle attribuzioni da esso « fondate » ed assegnate alla Autorità), deve essere riguardato con maggiore attenzione e preoccupazione. Nella legge n. 112/2004 risulta infatti affermata, certamente più di quanto non avvenisse alla stregua della disciplina introdotta dalla legge Maccanico del 1997, la funzione della AGCOM non tanto di organo « equilibratore » o « di governo » del sistema inteso nella sua valenza meramente organizzativa e, segnatamente, economico-finanziaria — ovvero di organo dotato di attivi poteri di controllo (e contrasto) verso gli effetti distorsivi connessi agli assetti del mercato radiotelevisivo e di regolazione e ricomposizione dello stesso alla stregua dei (radi) criteri dettati dalla legge —, bensì di organo garante, nel senso più esteso del termine, dell'esercizio (e del rispetto) di un diritto fondamentale nella sua raffigurazione più ampia; nella specie comprensiva non più soltanto della dimensione strumentale ma anche della dimensione sostanziale della libertà di manifestazione del pensiero.

Risiede in tale intento, esaltativo della posizione dell'Autorità, il tratto più problematico (ed opinabile) della disciplina introdotta dalla legge Gasparri; ma è plausibile ritenere che il legislatore non si sia neppure avveduto, nell'introdurre una previsione che tocca ambiti così delicati e vitali dell'attuale assetto costituzionale, dei possibili esiti o scenari che un « utlizzo » incontrollato dei poteri da questa consentiti potrebbe comportare in ordine alla lesione dei presidi in parola. Ci si riferisce a quella sorta di trasformazione e mutazione, come detto, non solo da un punto di vista quantitativo (attinente all'aumento delle funzioni assegnate) ma qualitativo, ovvero « genetico » — del ruolo e della posizione istituzionale anche se non, ovviamente, costituzionale — dell'organo; in una parola a quella vera e propria trasfigurazione che nella legge affiora visibilmente laddove da parte di questa si riconosce all'azione complessiva che l'Autorità è chiamata a svolgere un significato e una valenza che si ricollegano proprio alla salvaguardia del diritto di libertà in discorso in sé considerato (cioè alla salvaguardia e tutela di un diritto di libertà fondamentale e inviolabile) e non soltanto dei suoi addentellati economici o della sua rappresentazione « mercantile »; e che attengono, quindi, al regime costituzionale di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, la cui attuazione ed il cui esercizio vengono, ora, per la parte relativa al diritto all'uso del mezzo radiotelevisivo, « lasciati » e commessi in larga parte all'AGCOM.

Si osservi, a conferma di quanto si va dicendo, in particolare la formula dell'art. 13, I comma, che assume, all'interno della legge Gasparri, il significato di vero principio-cardine e che affida all'Autorità il compito di assicurare il «rispetto dei diritti fondamentali della persona nel settore delle comunicazioni, anche radiotelevisive». L'inciso in discorso pare significativo (e desta le perplessità sopra evocate) non perché sia attributivo, in capo alla AGCOM, di compiti ulteriori e di più o meno «nuovi» e rilevanti poteri (cosa di cui non è cenno nella disposizione); ma in quanto esso — nei termini anomali sopra detti — postula quella diversa e più intensa raffigurazione e, soprattutto, quella impropria ed «innominata» connotazione, qualità e «dignità» costituzionale dell'Autorità; la qual cosa pare inconferente con l'attuale assetto ordinamentale alla luce dell'assenza, nella sede propria costituzionale, come poc'anzi rimarcato, di un principio atto a fondare una tal rilievo e una tal centralità.

Più precisamente, laddove la norma in questione riconnette la funzione della AGCOM ai modi d'esercizio di un diritto fondamentale, può ragionevolmente presumersi che tal situazione abiliti l'organo stesso ad interventi di tipo protettivo o ripristinatorio o sanzionatorio ancor più vasti ed estesi di quelli che attualmente gli sono dalla legge riconosciuti; e destinati, verosimilmente, a prevenire o reprimere un eventuale «uso distorto» o pernicioso o dannoso del diritto stesso, nonché a scongiurare la lesione di interessi che l'Autorità — secondo il proprio autonomo, «personale» e discrezionale apprezzamento — reputasse afferenti o riconducibili a (o, comunque, rientranti in) quell'insieme di presupposti valoriali entro cui il diritto di libertà in esame andrebbe conchiuso e circoscritto ai fini del suo «ragionevole» e, appunto, «non deteriore» esercizio. E si osservi, altresì, secondo un'impostazione del tutto analoga a quella ora vista, quanto preveduto dall'art. 6, III comma, cit. l. n. 112/2004 relativamente alla abilitazione, in capo alla AGCOM, di un assai espanso e libero potere — verosimilmente di natura regolamentare — concernente la (invero vaghissima) competenza ad eventuali «ulteriori regole» atte a rendere effettiva l'osservanza dei principi espressi dalla legge Gasparri «nei programmi di informazione e di propaganda».

La situazione ora vista si porrebbe, poi, in piena e stretta correlazione con (e sarebbe, anzi, funzionale a) quei gravi e discutibili episodi di divaricazione dal modello costituzionale di riferimento (cioè dall'art. 21 e dal suo statuto originario) che possono esser riguardati, in buona sostanza, come la cifra indicativa dell'attuale momento e delle più recenti tendenze di disciplina del fenomeno informativo genericamente inteso; specie dal punto di vista del «trattamento» della radiodiffusione. Ci si riferisce, in particolare, ai molteplici interventi ed «intenti» relativistici, riduttivisti e protezionistici che provengono dal diritto

interno e soprattutto — in misura sempre più estesa e capillare — dal diritto dell'U.E.; ed in relazione ai quali, non a caso, assume un significato pregnante e centrale l'azione delle autorità in discorso. In altre parole, all'avvento (e progressiva espansione) della stagione dei controlli contenutistici e *lato sensu* protettivi, volti a porre rimedio ai (presunti) guasti indotti dalla « cattiva informazione » e dalla « cattiva televisione », pare corrispondere la connessa dilatazione delle attribuzioni degli organismi indipendenti (in tal senso, e a giusta ragione, denominati « di vigilanza »).

Ma, se la cennata trasfigurazione del ruolo assegnato alla AGCOM corrisponde alla situazione ora fuggevolmente descritta, e se è proprio nella diversa situabilità dell'Autorità all'interno del complessivo sistema della comunicazione — da centralità meramente regolatoria a centralità propriamente « tutoria » — che risiede la cifra innovativa della disciplina introdotta dalla legge Gasparri ... se ciò è, dunque, vero, è proprio tale avvenuta collocazione dell'organo all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano che induce preoccupazione circa la latitudine affatto incongrua delle attribuzioni dell'organo medesimo. Pare, in particolare, incompatibile con la natura giuridica, con la richiamata minorità costituzionale e con la incerta situabilità istituzionale della AGCOM — avendo come fermo, costante ed ineludibile parametro di riferimento l'impianto garantista dell'art. 21 Cost. — l'affidamento di funzioni, quali quelle ora richiamate, alla stregua delle quali l'Autorità diverrebbe il « custode » del corretto o plausibile esercizio di un diritto di libertà; funzioni che non le sono — né potrebbero esserle — proprie, e che, anzi, dovrebbero essere ad essa del tutto estranee, in quanto dalla Costituzione riservate in via esclusiva ad altri soggetti istituzionali, primo fra tutti l'organo parlamentare.

La eventualità che l'esercizio delle funzioni della AGCOM sfoci nel vero e proprio bilanciamento ed, eventualmente, nella effettuazione di valutazioni che involgono un apprezzamento circa la « ragionevole » o « giusta » o « corretta » configurazione del complessivo sistema radiotelevisivo (o, ancor peggio, circa la « ragionevole », « congrua » od « equa » informazione) non trova, del resto, legittimazione neppure in virtù del fatto che di tali funzioni sia attribuito un organismo imparziale e indipendente. E, ciò, proprio in quanto l'AGCOM non è costituzionalmente dotata di competenze né di poteri decisori propri in ordine alla conformazione ed all'esercizio di un diritto fondamentale e dovrebbe, pertanto, permanere, quanto allo svolgimento dei suoi compiti, entro i margini tipici della attuazione delle scelte preventivamente operate nella sede propria legislativa; scelte, oltre tutto, a loro volta da reputarsi astrette — quanto al livello decisionale ed alla latitudine e « disponibilità » dei fini da perseguire — dai precisi e rigidi limiti che discendono dall'essere, la mate-

ria in questione, afferente all'ambito delle garanzie fondamentali ed, anzi, inviolabili<sup>19</sup>.

**5. DIFETTOSITÀ DELLA PIÙ RECENTE DISCIPLINA « DI SISTEMA » DEL MEZZO RADIOTELEVISIVO: IRRAGIONEVOLE COMMISTIONE DI INTENTI FUNZIONALISTI E INDIVIDUALISTICI E RIAFFERMAZIONE DELLA (MAI SVOLTA) « MISSIONE » DELLA RADIOTELEVISIONE (COMPLESSIVAMENTE INTESA).**

La impropria lievitazione dei poteri della AGCOM risalta ancor più chiaramente laddove si ponga attenzione ad alcuni altri enunciati della legge Gasparri, ed, in ispecie, laddove si metta in rapporto l'art. 13, I comma, cit. legge n. 112/2004 con l'art. 3, dedicato ai « Principi fondamentali ».

È, tale ultima disposizione, una sorta di contenitore di « buoni propositi » entro il quale il legislatore — con pedanteria non sorretta da nitidezza prescrittiva — sembra affastellare quanti più possibili intenti e precetti garantisti; per il sol fatto ch'essi si possano « apparentare », anche alla lontana o all'ingrosso, alla libertà di manifestazione del pensiero e al diritto all'informazione. Non mette conto qui di commentare la disposizione; basterà rilevare la sua pletoricità ed intrinseca contraddittorietà, dal momento che essa colloca, l'uno accanto all'altro, rimedi i più vari e distanti; gli uni volti alla tutela in termini assoluti, individualistici ed a-funzionalistici del pensiero diffuso attraverso il mezzo radiotelevisivo, gli altri implicanti l'accoglimento di un accentuato relativismo e di una esasperata attitudine vincolistica. Nella norma — potrebbe dirsi — appare tutelato e « coperto » tutto e il contrario di tutto.

Ciò che in questa sede si deve porre in evidenza è la sostanziale contiguità del contenuto normativo del cit. art. 3, I. Gasparri rispetto alla portata e al significato espresso dall'art. 13, I comma. Entrambe le disposizioni manifestano un intento latamente moralizzatore, volto alla « edificazione » dell'utente radiotelevisivo e destinato a consentire una conformazione — assai più di quanto non accadesse in passato, alla stregua della legge Maccanico e della legge Mammì — di tutto intero il settore radiotelevisivo nei termini di una vera e propria « missione »; attitudine che precedentemente poteva dirsi ricollegata e riconosciuta al solo servizio pubblico, anche sulla scorta del diritto dell'Unione ed, in particolare, di quella sorta di garbuglio normativo — per la sua assai sca-

<sup>19</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili, personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 37 ss.  
in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 91-5; L. ELIA, *Libertà*



dente nettezza e puntualità precrittiva — rappresentato dal « Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri » del 1997, altrimenti detto « Protocollo di Amsterdam ». Ma si veda, altresì, la direttiva 97/36/CE « televisione senza frontiere » e, quivi, in particolare, il « considerando » n. 45. Si potrebbe affermare che, attraverso l'art. 3 della legge Gasparri — e a malgrado dei residui tratti individualistici in esso presenti —, il legislatore abbia fatto propria una concezione della televisione in cui l'esemplarità e, come poco sopra segnalato, finanche l'« edificazione » dell'utente rappresentano la cifra costitutiva e la *conditio sine qua non* ai fini del « legittimo » (e, dunque, in quanto tale, del solo plausibile, ammissibile, « concedibile ») esercizio del diritto all'uso del mezzo radiotelevisivo.

Tutto ciò sfiora il paradossale sol che si pensi — prima ancora che alla non conferenza dei presupposti valoriali ora cennati rispetto allo statuto garantista di una libertà essenzialmente « negativa » — da un lato al decadimento ed alla mediocrità del pensiero radiotelevisivo per come questo si rappresenta nel tempo presente e per come si è costretti a « subirlo » quotidianamente sugli schermi di una qualunque emittente (pubblica o privata, nazionale o estera); dall'altro alla incapacità, ormai conclamata, del settore in questione di determinarsi e « correggersi » secondo regole e presupposti di effettivo pluralismo (interno e soprattutto esterno).

La vacua e pletorica formula dell'art. 3 della legge Gasparri rischia, se messa in relazione con l'intento, a sua volta impropriamente moralistico, del cit. art. 13, I comma, di provocare una temibile mistura; nel senso che il combinato disposto delle due disposizioni potrebbe indurre nell'AGCOM quei propositi tutori o protettivo-cautelari che non le sono — o dovrebbero non esserle — affatto propri.

Quanto ora paventato non appaia ipotesi estrema o meramente teorica, né prospettiva eccessivamente pessimistica. La situazione descritta sembra, infatti, avvalorata ed, anzi, appare aver ottenuto pragmatica ed effettuale conferma — seppur in termini ancora non definitivi — laddove si ponga attenzione ad alcuni recenti atteggiamenti e ad una avvertibile « propensione » della AGCOM. Si osservi la delibera n. 326/04/CONS, concernente l'avvio del procedimento per l'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti (ai sensi dell'art. 14, l. Gasparri) e si ponga attenzione, in ispecie, al contenuto del « Considerato » n. 9. Pare quivi palese, da parte dell'organo di garanzia, l'assunzione di quei compiti, volti alla tutela del « corretto » esercizio del diritto, di cui si faceva cenno (e che si paventava). Il proposito risulta, oltre tutto, positivamente esplicitato ed « ammesso » nella parte finale del « considerato » in discorso, laddove l'Autorità, dopo aver richiamato proprio i principi espressi dall'art. 3, I comma, li correla, significativamente, all'art. 13, I comma, volendo con ciò verosimil-

mente evidenziare il rapporto che intercorre fra i suddetti principi (primo fra tutti quello del pluralismo) e la vocazione alla attuazione dei medesimi, in via privilegiata, per opera della propria azione compositiva, equitativa, equilibratrice.

La legge Gasparri appare, dunque, introdurre — al di là delle sue deficienze e della sua manifestata incapacità di ovviare alla condizione di rigidità e chiusura del settore radiotelevisivo in termini di effettivo pluralismo — ulteriori elementi di incompatibilità e discrasia con lo statuto costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero in sé intesa e considerata; in particolare laddove pare legittimare interventi dell'Autorità che « intercettano » il diritto in discorso proprio nella sua essenziale valenza e natura di diritto di libertà civile, negativa, assoluta.

#### 6. ESPANSIONE DEI POTERI DELLA AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI NELLA PIÙ RECENTE LEGISLAZIONE.

A parte i tratti evolutivi presenti e formalizzati nella legge Gasparri, una delle ragioni legittimanti l'ampia azione conformativo-discrezionale della AGCOM è stata individuata nella specificità e peculiarità della materia trattata, e, più precisamente, nella necessità di « tenere il passo » del processo evolutivo collegato al fenomeno mediatico, con riguardo particolare alla trasformazione in atto della radiodiffusione, sia dal punto di vista economico, sia da quello tecnico-trasmissivo. È alla stregua di tale situazione, infatti, che la istituzione di un apparato decisionale sufficientemente duttile — e non connotato, in particolare, dalle lentezze tipiche dell'organo legislativo<sup>20</sup> — dovrebbe risultare, quanto meno in termini di effettività, maggiormente funzionale allo svolgimento dei compiti, specie regolamentatori, in discorso.

Resta il fatto, tuttavia, che — anche se le ragioni ora dette posseggono una loro indubbia consistenza — sia la legge Maccanico che la legge Gasparri assegnano all'AGCOM compiti non tanto *prosecutivi* quanto *sostitutivi* di quelli che in astratto perterrebbero al parlamento; il che, pur se l'organo di garanzia ha finora esercitato le vaste competenze in discorso con sostanziale equilibrio e rigore, appare ancor più censurabile dal momento che, com'è noto, esso rimane di fatto estraneo al consueto circuito in cui all'attribuzione di poteri implicanti una estesa valenza discrezionale si fa corrispondere un altrettanto elevato grado di responsabilità e una correlata serie di controlli, segnatamente in sede politica.

<sup>20</sup> Cfr. M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Il Torino, 2001, 593.

Di quanto ora detto in ordine alla latitudine dei compiti ed alla tendenziale discrezionalità degli interventi assegnati alla AGCOM è sintomo evidente l'uso, da parte della più recente normativa, di un lessico evocativo della propensione al riconoscimento ed affidamento di compiti regolatori volti alla vera e propria equitativa composizione degli interessi. Si osservino, a tal proposito, locuzioni quali: « al fine di consentire l'avvio dei mercati » (art. 2, commi 6 e 8, l. Maccanico, ora abrogati); « Al fine di favorire la progressiva affermazione delle nuove tecnologie trasmissive » (art. 2, comma 13, l. Maccanico), « adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati » (art. 2, comma 7, l. Maccanico), « valorizzando la sperimentazione e osservando criteri di gradualità e di salvaguardia del servizio, a tutela dell'utenza » (art. 22, comma 1, l. Gasparri), « al fine di promuovere lo sviluppo della diffusione radiofonica in tecnica digitale » (art. 24, comma 1, l. Gasparri), *et similia*.

È, dunque, in riferimento ai vasti ambiti d'intervento riconosciuti alla AGCOM che la legge accorpa competenze aventi valenze eminentemente differenziate: di regolazione, di regolamentazione, di governo, tecnico-gestorie, tipicamente amministrativo-provvedimentali. Se ne ha una ulteriore conferma in quelle altre attribuzioni che presuppongono, a loro volta, il connubio e l'intreccio delle attività valutativo-regolatorie sopra dette. L'esempio più ovvio è quello della approvazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica analogica (art. 3, comma 2, l. 249/1997) e della adozione ed « aggiornamento » di quello concernente l'assegnazione delle frequenze in tecnica digitale (v., ora, l'art. 12, comma 3, l. n. 112/2004); processi decisionali caratterizzati, a loro volta, da un assai cospicuo livello decisionale<sup>21</sup> e che, per l'importanza che rivestono in ordine al sistema della radiodiffusione (e, quindi, alla configurazione del diritto in discorso considerato nella sua dimensione complessiva), dovrebbero, ancora una volta, implicare il vigore e l'applicazione di quelle garanzie che sono specificamente rivolte, alla stregua dell'art. 21 Cost., a confinare entro parametri sufficientemente ristretti l'azione del pubblico potere destinata all'apprezzamento e alla conseguente cennata composizione degli interessi coinvolti nei procedimenti in discorso; e ciò, prima di tutto, quanto meno attraverso una precisa e puntuale determinazione delle linee d'intervento e dei presupposti e criteri da parte della legge<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Sul punto v. O. GRANDINETTI, *Problemi nuovi e nuovi obblighi dei concessionari nella disciplina della radiotelevisione via etere terrestre. I soggetti privati*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXVIII, Padova, 1999, 525-6.

<sup>22</sup> Sulla importanza e centralità del procedimento concernente l'approvazione

del piano di assegnazione, e sulla conseguente necessità di un severo assetto garantista in ordine alla formazione di tali atti, v. S. FOIS, *Relazione sui principi generali della disciplina delle radiotelevisioni private*, in AA.VV., *Una disciplina per le radiotelevisioni private*, Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei, cit., 15, non-

Il riferimento alla legge consente di tornare su quello che — a parere di chi scrive — dovrebbe essere considerato il tema di fondo ed il presidio di garanzia ineludibile per qualunque tentativo di rivisitazione critica dell'assetto della radiodiffusione e della dislocazione dei poteri regolatori che a tale assetto si riconnettono. È proprio la essenzialità del ruolo del parlamento che, invece, alla luce di quanto fuggevolmente qui esposto, pare aver definitivamente ceduto di fronte all'ampliamento dei poteri, anche normativi, dell'organo indipendente. Alla situazione sopra evidenziata corrispondono le carenze più gravi dal punto di vista costituzionalistico, ovvero la volontaria abdicazione, da parte del legislativo, a quel suo essenziale compito consistente nella individuazione, determinazione e qualificazione inequivoca dei presupposti normativi cui il sistema mediatico — anche di nuova generazione — dovrebbe necessariamente ed esaustivamente ispirarsi.

Va, peraltro, segnalato — come si avvertiva in avvio del presente lavoro — che, accanto alla innegabile riduzione (qualitativa e quantitativa) dell'azione del parlamento ed alla conseguente esaltazione delle competenze della AGCOM, si è manifestato, alla luce di alcune altre disposizioni della legge Gasparri e, già prima, del d.l. n. 5/2001, un processo, di segno diverso, che ha ad oggetto l'attività propriamente amministrativa inerente al settore radiotelevisivo. Ci si riferisce alla tendenza, manifestata dagli atti normativi in parola, a consentire il rinvigorimento della presenza del governo-amministrazione (attraverso l'attribuzione delle relative competenze al Ministero delle comunicazioni) in alcuni rilevanti processi decisionali che investono il governo del settore radiotelevisivo. Si veda, a tal proposito, la sopra ricordata riassunzione o riappropriazione (o, meglio, riattribuzione, da parte della legge) delle funzioni relative al rilascio delle licenze e autorizzazioni per la diffusione di trasmissioni radiotelevisive in tecnica digitale (art. 2-bis, VII comma, d.l. n. 5/2001, cit., come introdotto dalla legge di conversione n. 66/2001), nonché relative alla autorizzazione a trasmettere simultaneamente su più mezzi, alla licenza per l'installazione, l'esercizio e la fornitura di servizi di telecomunicazioni di reti televisive di telecomunicazione via cavo e per l'installazione di stazioni terrestri per i servizi via satellite (art. 2-bis, X comma, cit. d.l. n. 5/2001). E si vedano, altresì, ad ulteriore conferma di tale processo, quelle previsioni della legge Gasparri che, a loro volta, paiono finalizzate a rafforzare la primitiva funzione ministeriale ai fini del governo del sistema radiotelevisivo (art. 17, IV comma; art. 25, XI comma) e che denunciano

---

ché M. ROMEL-P. STANCATI, *Piani di utilizzazione delle frequenze radiotelevisive e ambiti locali*, in AA.VV., *Una disciplina*

*per le radiotelevisioni private*, Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei, Milano, 1981, 23 ss.

inequivocabilmente l'intento del legislatore di rinvigorire la presenza ed il ruolo dell'esecutivo-amministrazione quanto meno nei processi decisionali (e discrezionali) che ineriscono alle procedure di selezione nel settore della « nuova » radiodiffusione, ambito entro cui si giuoca il futuro della radiotelevisione in quanto caratterizzato dall'avvento e dalla straordinaria espansione delle tecniche trasmissive numerico-digitali e dal fenomeno della convergenza, unificazione e « confusione » dei mezzi di comunicazione. Rilievo a parte assume, poi, sempre entro quest'ottica, la attribuzione, in capo al Ministero delle comunicazioni, di poteri normativi affatto nuovi, quali, in via esemplificativa, quello concernente l'adozione — « ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ... di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le pari opportunità » — del regolamento disciplinante l'impiego di minori di anni quattordici in programmi radiotelevisivi (art. 10, III comma, legge Gasparri).

#### 7. L'ORGANO DI GARANZIA NELLA SUA CONSISTENZA E RAPPRESENTAZIONE SOGGETTIVA.

Qualche considerazione va riservata all'organo di garanzia operante nel settore della comunicazione avendo riguardo alla evoluzione del suo profilo soggettivo. È noto il passaggio da una connotazione monocratica — essendo il precedente « Garante per la radiodiffusione e l'editoria » nominato « dal Presidente della Repubblica, su proposta formulata dai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, d'intesa tra loro » (art. 6, II comma, legge Mammi n. 223 del 1990) — a quella collegiale. A tenore dell'art. 1, III comma, legge Maccanico n. 249 del 1997 gli otto membri delle due Commissioni (« per le infrastrutture e le reti » e « per i servizi e i prodotti ») e, quindi, del Consiglio sono, ora, eletti dalle Camere, mentre il presidente è nominato dal Capo dello Stato su proposta del Presidente del Consiglio d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, previa sottoposizione del nominativo del presidente designato al parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Alla luce del mutamento intervenuto è innegabile — e non può non rilevarsi — quanto meno il superamento della originaria *ratio legis* che permeava la precedente normativa e che s'incentrava su una più rigida collocazione neutra del Garante e sulla sua tendenziale estraneità a qualunque logica politica o « di appartenenza ». Ciò, anche se il sistema d'elezione a voto limitato garantisce la « rappresentanza paritaria »<sup>23</sup> di maggioranza ed opposizione in

<sup>23</sup> Così P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 194.

seno all'organo attuale; e anche se il processo decisionale che conduce alla individuazione del suo presidente può comportare, nella sua voluta laboriosità, una serie di bilanciamenti in ordine al definitivo atto di nomina, specie avendo riguardo all'obbligato passaggio parlamentare e al finale « assenso » da parte del Capo dello Stato.

Con particolare riguardo al d.P.R. di nomina del presidente dell'Autorità, non può revocarsi in dubbio che questo è e resta essenzialmente e « sostanzialmente » atto governativo. La situazione ora descritta, anche se non provoca l'assorbimento dell'organo in questione (o del suo presidente) entro il campo politico-decisionale dell'esecutivo, non può non introdurre un elemento di maggior caratterizzazione politica dello stesso.

Ciò non vuol dire che l'Autorità abbia perduto completamente e definitivamente la primitiva qualificazione e, ancor più, la sua originaria vocazione di organo indipendente o *super partes*, elemento e condizione essenziale che la legge tiene invece a riaffermare allorché sottolinea che l'Autorità « opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione » (art. 1, I comma, legge Maccanico); vuol solo significare che l'organo non è — o, meglio, non è più soltanto — destinato ad una attività di mera vigilanza e controllo in confronto ad un assetto della comunicazione non solo prefigurato, ma disciplinato con sufficiente esaustività dalla legge (il che era plausibile ed, anzi, evidente alla luce della disciplina introdotta dalla legge Mammì n. 223/1990)<sup>24</sup>. Alla minore attitudine discrezionale e decisionale del Garante, la legge Mammì riconnetteva, infatti, la natura monocratica dell'organo. È, invece, l'apparizione di tali nuovi elementi caratterizzanti e, altresì, la diversa raffigurazione delle funzioni della AGCOM, per come operate dalla legge istitutiva n. 249/1997, che impongono una connotazione, se non propriamente « politica » — stanti gli innegabili riflessi indotti dalla posizione di sostanziale irresponsabilità dell'organo —, quanto meno più intensamente riconducibile e ricollegabile al gradimento (e, anzi, alla valutazione e all'apprezzamento altamente discrezionale) dell'organo politico per eccellenza quale, appunto, il governo.

Che quanto ora descritto sia avvenuto in funzione della più volte richiamata innegabile espansione delle funzioni regolatorie e regolamentatorie dell'Autorità e, in particolare, per il fatto che questa sia stata dotata dalla legge istitutiva, nella misura assai espansa sopra vista, di un rilevante ruolo decisionale, e quindi lattamente discrezionale, è, dunque, innegabile<sup>25</sup>; ciò che non pare possibile affermare è che il decadimento della primitiva condizione

<sup>24</sup> P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 193.

<sup>25</sup> P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1999, 351-2.

di assoluta estraneità a qualsivoglia « contatto » o rapporto politico dell'organo, e la cennata nuova riferibilità delle sue funzioni ad una iniziale decisione politica (nonché la situabilità affatto diversa dell'organo nel sistema politico-istituzionale), assumano un così rilevante significato da provocarne il tendenziale assorbimento entro il circuito politico-governativo.

Ciò non è; innanzi tutto per il fatto che l'Autorità non risponde in alcun modo né al Governo né alle Camere, ma agisce, sempre e comunque, in modo del tutto autonomo e, appunto, indipendente (la qual cosa sembra essere rafforzata, altresì, dalla durata settennale del mandato e dalla non riconfermabilità dei componenti l'organo). Ma, pure avendo riguardo alla cennata natura governativa dell'atto di nomina del presidente, e alla « derivazione » parlamentare dei componenti stessi, occorrerebbe fare, quanto meno, qualche precisazione e qualche distinguo ulteriore. Se, infatti, l'atto di nomina implica la cennata maggior valenza *lato sensu* politica sopra rammentata, questa è da ascrivere esclusivamente, in buona sostanza, al momento iniziale del « rapporto » che intercorre fra presidente dell'AGCOM e Governo (e fra membri del Consiglio e Parlamento). Non è dubbio, infatti, che, senza l'iniziale e sostanziale assenso del Governo e, anzi, senza la sua diretta iniziativa (essendo, quello in discorso, un tipico atto « su proposta ») la designazione e la successiva nomina del presidente non sarebbe neppure ipotizzabile.

E, tuttavia, è probabile che l'intervento del Governo non oltrepassi tale momento iniziale, né che travalichi tale soglia; che, cioè, l'influenza dell'esecutivo si fermi all'iniziale gradimento e alla valutazione circa la idoneità del presidente (e dell'organo nel suo insieme) a svolgere il complesso di funzioni che la legge affida alla Autorità; senza, cioè, andar oltre, ovvero senza ulteriormente (costantemente, continuativamente) incidere, nel corso della attività dell'organo, sulla azione del medesimo. In tal senso l'atto presidenziale di nomina, ancorché atto « su proposta », può altresì qualificarsi, nella sua sostanza, come atto istantaneo o « puntuale »: e, ciò, proprio a voler significare sì la obbligata ed essenziale partecipazione propositiva, ma, altresì, appunto, quella sorta di successiva e « repentina » estraniamento del Governo — subito dopo l'emanazione dell'atto — in confronto alla condotta che l'Autorità porrà in essere nell'ambito delle proprie competenze. Sicché la valenza indubbiamente politica della valutazione operata dal Governo in ordine alla designazione del presidente della AGCOM viene in certo qual modo mediata e attenuata proprio dal suo carattere di istantaneità; in quanto la designazione « fissa » — come detto in maniera puntuale e conclusiva — una scelta e un indirizzo politico-amministrativo, ma ne lascia, al contempo, in certo qual modo « libera », disponibile e impregiudicata l'attuazione; quanto meno in termini ed entro margini assai più ampi (beninteso, entro limiti pur sempre reputati « tollera-



bili » dal Governo) di quanto non possa ammettersi in riferimento ad una qualunque entità amministrativa collegata « organicamente » all'Esecutivo-amministrazione. Sarebbe, a tal proposito, da approfondire la questione se permanga e residui comunque, in capo al Governo, la possibilità di esperire eventuali rimedi — e, quindi, di porre in essere atteggiamenti « persuasivi » o, all'inverso, « dissuasivi », più o meno drastici e vigorosi — in confronto all'Autorità laddove l'azione o la condotta di quest'ultima si rappresentasse in termini non del tutto conferenti o, peggio, antitetici od oppositivi avendo riguardo all'indirizzo politico governativo nella materia *de qua*, ovvero in ordine al governo dei vecchi e nuovi *media*.

Se si vuole, la situazione sopra fuggevolmente descritta non è molto dissimile da quella che, *mutatis mutandis*, connota il rapporto intercorrente fra Segretario generale della Presidenza della Repubblica e Governo. Anche qui si è in costanza di un atto che, sebbene non « su proposta » (contrariamente a quello ora visto), postula la presenza e la — iniziale — partecipazione del Governo. L'art. 3, II comma, legge 9 agosto 1948, n. 1077 pretende, infatti, che il Segretario generale sia « nominato e revocato con decreto del Presidente della Repubblica, controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri ». L'analogia fra le due ipotesi si scorge, in particolare, avendo riguardo alla omologa posizione dei due organi (l'Autorità e il Segretario generale) in confronto all'esecutivo: che è posizione, per dir così, sì di obbligata « dipendenza » iniziale (avendo riguardo all'atto di nomina e alla partecipazione, in esso, del Governo), ma che è, altresì, di necessaria e « naturale » estraneità, quanto meno nel senso, sopra rimarcato, dell'altrettanto obbligato « distacco » dall'orbita politica del governo una volta emanato il decreto di nomina. Tale punto di contatto emerge con sufficiente evidenza laddove si abbia contezza della posizione di analoga indipendenza che « deve » qualificare, nel prosieguo della rispettiva attività, l'azione dei due organi, ovvero la tendenziale non rapportabilità ed estraneità di quest'ultima all'indirizzo politico governativo: nell'un caso per il fatto che il « servizio » verso il Presidente della Repubblica da parte del Segretario generale impone « esclusiva » rapportabilità agli interessi dell'organo costituzionale<sup>26</sup>; nell'altro caso per il fatto che la — a sua volta esclusiva — pertinenza dell'azione dell'Autorità all'area in cui si situano interessi costituzionali di così elevato rango (quali, appunto, quelli riconducibili alla libertà di pensiero ed all'informazione) postula, a sua volta, indipendenza di giudi-

<sup>26</sup> P. STANCATI, *I regolamenti della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1990, 123-30.

zio ed autonomo apprezzamento. Ciò che, del resto, è ribadito, in modo inequivoco, dalla disciplina introdotta dalla legge Maccanico relativamente alla ricordata qualificazione della posizione dell'Autorità ed alla necessità di un suo *modus operandi* nei termini « neutri » ed indipendenti più volte rammentati, pena la inevitabile inconferenza alle elevatissime funzioni affidate all'Autorità stessa.

Sono le caratterizzazioni ora viste che, oltre tutto, discriminano, quanto meno da un punto di vista formale, il processo decisionale inerente alla scelta del presidente della AGCOM rispetto a quello che, prima della riforma operata dalla legge Gasparri, era previsto per la nomina del presidente della RAI; in quanto quest'ultimo, sebbene designato, insieme agli altri membri del Consiglio di Amministrazione, dai presidenti delle Camere, veniva eletto dai componenti il Consiglio di amministrazione stesso (art. 2, IV comma, l. n. 206/1993). Mancava dunque, del tutto, la partecipazione del Governo all'atto di nomina, sebbene, com'è noto, la presenza dei presidenti delle Camere (e la loro posizione di indipendenza) non sia valsa — come risulta dalle recenti, tormentate vicende che hanno coinvolto gli organi di vertice del servizio pubblico radiotelevisivo — a consentire il pieno sganciamento dei presidenti (e del Consiglio) della Concessionaria, più che dalle logiche di appartenenza politica, dagli incessanti tentativi di ingerenza, segnatamente dell'esecutivo. E, ciò, in quanto la valutazione effettuata dai presidenti delle Camere non può, nella sostanza, prescindere dal gradimento delle forze politiche di maggioranza. A tal stregua può risultare, in fondo, un dato significativo e confortante quello che discende dalla inequivoca « solidità » della presidenza (e del Consiglio) della AGCOM, a confronto della fragilità e debolezza degli analoghi organi della Concessionaria del servizio pubblico, all'interno della quale — come è noto — si sono, specie nell'ultimo periodo, manifestati episodi di incontrollabile (e intollerabile) rissosità, indotti da ragioni eminentemente politiche; episodi che sono culminati, com'è noto, nelle dimissioni (e nel mancato compimento del rispettivo mandato) di due presidenti e che ha provocato la instabilità e precarietà — divenute, ormai, « fisiologiche » — del Consiglio di Amministrazione, con particolare riguardo alla prosecuzione « a ranghi ridotti » (e delegittimati) del funzionamento di quest'ultimo.

Il difetto di fondo della legge Maccanico risiede, dunque, non tanto nella configurazione soggettiva della AGCOM e nei criteri di elezione e di nomina dei suoi componenti, quanto — come più volte rimarcato nella presente indagine — nell'ampliamento e nella lievitazione qualitativa delle funzioni dell'organo. Sicché, una volta consentita la espansione, nei termini sopra visti, dell'azione dell'Autorità, è parso in certo qual modo logico farne derivare, anche sul piano della sua configurazione soggettiva, una più

accentuata qualificazione politica<sup>27</sup>. In tal senso, quella sorta di ambivalenza istituzionale, tipica dell'AGCOM e connaturata alla sua posizione, andrebbe riconsiderata sia alla luce dell'effettivo significato dell'intervento governativo (e parlamentare) nell'atto di nomina del suo presidente (e negli atti elettivi dei suoi membri), sia « alla prova dei fatti »<sup>28</sup>.

A tal ultimo proposito occorre tuttavia soggiungere che, se l'intento originario della legge Maccanico era quello di innalzare il ruolo della AGCOM e, altresì, quello di connotare l'organo di garanzia attraverso una più incisiva valenza politica della propria azione, il modo in cui l'Autorità ha esercitato delle proprie funzioni, specie negli anni più recenti, dimostra che, almeno sul piano effettuale, non abbiano trovato conferma le (pur legittimamente ipotizzabili) perplessità a riguardo di una possibile caratterizzazione propriamente o « supinamente » governativa della complessiva attività d'indirizzo dell'organo in parola. È indubbio, infatti, che l'Autorità si sia mossa in piena autonomia ed indipendenza, pur non operando, com'è logico che avvenga, in maniera del tutto slegata o, peggio, in dichiarata contrapposizione nei confronti dell'esecutivo-amministrazione. L'AGCOM ha infatti sostanzialmente saputo da un lato avvalersi, con la misura ed il rigore tipici di un organismo situabile *super partes*, delle sue consistenti attribuzioni, ma non è apparso, al contempo, in tale sua manifestata attitudine, né un organo propenso a rinunciare alle competenze, anche altamente discrezionali, di cui è attributario né, soprattutto, a disfarsene in favore di altri, con particolare riguardo al Governo. E, del resto, non è senza significato che l'Autorità abbia inteso formalizzare in via normativa la propria identità di organismo indipendente e la propria vocazione alla estraneità a qualunque interesse « alieno » attraverso un « Codice etico » che impone ai propri componenti un comportamento ispirato ai principi della lealtà, imparzialità, diligenza e correttezza personale (deliberazioni nn. 18/98 e 17/04/CONS).

#### 8. ANALISI DELLA PIÙ RECENTE CONDOTTA DELLA AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI.

A riprova della correttezza della linea seguita dall'organo di garanzia nella conduzione della propria azione — specie avendo riguardo a quelle attività e funzioni che implicano le valutazioni e le scelte più dense di significato politico — si veda la recente vicenda

<sup>27</sup> Cfr. M. AINIS, *Relazione introduttiva*, Tavola rotonda organizzata dall'ISLE sul tema « Disciplina generale delle autorità indipendenti », Roma, 19 febbraio 1999, in *Rass. Parl.*, 1999, 920 ss.

<sup>28</sup> S. GRASSI, *La Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sulla RAI: prospettive di riforma*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXVIII, Padova, 1999, 170.

del « digitale terrestre », assai significativa a causa della presenza, in essa, di tutte quelle condizioni — elevato grado di discrezionalità, novità e delicatezza del tema, poderosi interessi in giuoco — che avrebbero potuto in certo modo determinare uno « sviamento » o uno sbilanciamento della azione « compositiva » della AGCOM, o in termini marcatamente governativi o, all'opposto, in senso eccessivamente « autonomista ». Ciò non pare sia avvenuto, innanzi tutto avendo riguardo alla attività propriamente regolamentare della AGCOM. Si rammenta, a tal proposito, che l'Autorità è competente ad adottare, ai sensi dell'articolo 2-bis, VII comma, d.l. n. 5/2001, convertito in legge n. 66/2001, il « regolamento per la radiodiffusione terrestre in tecnica digitale » (v. delibera n. 435/01/CONS; si vedano, più di recente, le competenze regolamentari attribuite dalla legge Gasparri (art. 12, VI e VII comma) volte all'uso efficiente dello spettro elettromagnetico. Ma la sostanziale « neutralità » della AGCOM pare altresì confermata avendo riguardo a quell'altra serie di attività — ancor più critiche e delicate, in quanto implicanti una serie di valutazioni « nel merito » — relative alla « fase di avvio dei mercati » (ovvero al periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del cit. regolamento e la data di cessazione delle concessioni in tecnica analogica), nonché alla « fase transitoria » (ovvero al periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del cit. regolamento e la data della cessazione delle trasmissioni in tecnica analogica). Quivi l'AGCOM ha tenuto un comportamento che può dirsi conforme alla nozione di indipendenza più volte enunciata, improntato ad una realistica analisi delle condizioni di mercato ed alla considerazione equilibrata dei vari elementi che la legge individua ai fini della complessiva valutazione dello scenario economico-sociale connesso al faticoso passaggio dall'analogico al digitale.

All'esempio ora dato se ne potrebbero aggiungere altri. Qui mette conto soprattutto di menzionare quei significativi episodi che hanno avuto ad oggetto, in particolare, una vigorosa azione accertatoria, monitoria e sanzionatoria della AGCOM, volta alla individuazione e repressione delle situazioni distorsive all'interno del mercato radiotelevisivo e, segnatamente, alla eliminazione delle posizioni dominanti ivi costituite. L'impegno della Autorità nel senso ora detto è indice esso stesso della posizione di autonomia decisionale raggiunta dall'organo ai fini della individuazione di quegli obiettivi dalla medesima reputati essenziali o « strategici » (sebbene fissati in termini generali dalla legge). Si tratta, come accennato, di una intensa attività che ha raggiunto recentemente alcuni esiti ragguardevoli, sfociati nei formali richiami alle società RAI S.p.A., Publitalia '80 S.p.A. e RTI S.p.A a seguito del superamento dei limiti nella raccolta di risorse fissati dalla legge. Ai fini della puntualizzazione dei tratti essenziali della vicenda — in cui la entità degli interessi in giuoco è evidente — basterà rammentare che l'Autorità con una prima delibera (226/03/CONS) ha effettuato il cennato formale richiamo riservandosi l'adozione dei provvedimenti di cui al-

l'art. 2, VII comma, legge Maccanico; successivamente, a seguito dell'inottemperanza al disposto della cit. delibera 226/03/CONS, ha avviato la relativa procedura di accertamento (delibere 297/04/CONS, 298/04/CONS e 299/04/CONS); infine, in considerazione dell'avvento del nuovo quadro normativo conseguente all'entrata in vigore della legge Gasparri — e stante la avvenuta abrogazione dei limiti precedentemente previsti dalla legge Maccanico (all'art. 2, VIII comma) e la loro sostituzione da parte di quelli ex art. 15, II comma, legge n. 112/2004 — ha avviato, un ulteriore procedimento finalizzato all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nel mercato televisivo (delibera 326/04/CONS, cui ha fatto seguito la delibera 90/05/CONS con cui si è chiusa l'istruttoria finalizzata all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti, nonché le delibere 67/05/CONS e 91/05/CONS con cui si è fissata l'audizione conclusiva del procedimento).

Pare apprezzabile, alla luce del complesso e tormentato *iter* ora fuggevolmente riassunto, il rigore con cui l'Autorità ha condotto la propria attività accertatoria e monitoria. Con riferimento agli ultimi esiti della vicenda, quelli culminati nella adozione delle cit. delibere, occorre sottolineare che gli atti in questione (specie la delibera 326/04/CONS) ineriscono all'esercizio di quella delicata competenza — richiamata dall'art. 14, II comma, legge Gasparri — in base alla quale l'Autorità individua il « mercato rilevante » e verifica che, all'interno del nuovo assetto di riferimento — il sistema integrato delle comunicazioni (SIC) — non si costituiscano posizioni dominanti. La competenza in parola postula, a sua volta, una complessa attività di comparazione, il consueto elevato grado di discrezionalità ed un corrispondente rilevante potere decisionale, dovendo l'Autorità operare una commisurazione ed una valutazione alla stregua di una serie cospicua di indici ed elementi elencati, in via non esaustiva, dalla legge (ricavi, livello di concorrenza all'interno del sistema, barriere all'ingresso nello stesso, dimensioni di efficienza economica dell'impresa, indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, dei prodotti editoriali e delle opere cinematografiche o fonografiche). All'accertamento consegue il cennato pubblico richiamo nei confronti delle imprese interessate, nonché, in caso di accertata violazione dei limiti al cumulo dei programmi televisivi e radiofonici e alla raccolta di risorse nel SIC (art. 15, legge Gasparri), l'avvio delle procedure volte alla eliminazione della situazione distorsiva ex art. 2, VII comma, legge Maccanico.

#### **9. AMPIEZZA DELLE COMPETENZE REGOLAMENTARI DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI: ANALOGIE CON I REGOLAMENTI INDIPENDENTI E DELEGATI.**

Si è già avuto modo di rimarcare la atipicità di quelle previsioni della legge Maccanico che fondano, in modo assai espanso il potere

normativo dell'AGCOM, sì che, in certo qual modo, la competenza regolamentare in questione, potrebbe venir assimilata, in termini materiali o sostanziali, e prescindendo dal soggetto attributario della competenza, a quella, di tipo indipendente, di cui all'art. 17, I comma, lett. c), legge n. 400 del 1988. Per altro verso, la legge n. 249/1997 istituisce il cennato potere regolamentare della Autorità attraverso un intento che può dirsi limitrofo a quello, pseudo-delegante, di cui all'art. 17, II comma, cit. legge 400/1988. Tale ultima conformazione della capacità normativa dell'AGCOM si esprime, in particolare, in riferimento alla adozione di quegli atti regolamentari che presuppongono la attitudine a operare all'interno di ambiti già disciplinati dalla legge e, in particolare, già fatti oggetto di disciplina da parte della stessa legge fondante (l. n. 249 del 1997 o l. n. 112/2004). Ciò risalta, ad esempio, in quei casi in cui, per il tramite della istituzione da parte della legge Maccanico, viene ad essere abilitata e legittimata la sostanziale attitudine derogatoria (o, in taluni casi, sospensiva) dei regolamenti della Autorità nei confronti della disciplina legislativa « generale ». I casi in cui la fonte regolamentare « interna » della AGCOM può dirsi — inammissibilmente — somigliante al regolamento di tipo indipendente sono quelli in cui la legge n. 249 cit. istituisce in modo assai « libero » la competenza normativa dell'Autorità, ma, verosimilmente, in confronto ad un ambito coperto da riserva di legge assoluta; ove si mostra la difettosità del quadro in questione, per il fatto che la fonte in parola, stante la sua natura subordinata, non potrebbe operare in deroga, né sostituirsi, né concorrere più o meno liberamente con l'altra, di rango primario.

Si veda, per la ipotesi qui considerata, il regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale (delibera 435/01/CONS) adottato a seguito dell'estesa abilitazione effettuata dall'art. 2-bis, VII comma, d.l. n. 5/2001 (come convertito in l. n. 66/2001). Quivi, più che ad un vero e proprio regolamento — ed in particolare più che ad una fonte propriamente e tipicamente secondaria, e più che ad un regolamento di « mera » esecuzione<sup>29</sup>, così come dovrebbe necessariamente presumersi in riferimento alla materia *de qua* —, si è in presenza di un meccanismo fondativo legittimante una vasta attività normativa di tipo innovativo, che può dirsi analoga a quella della pseudo-delegazione (sicché la fonte « interna » pare equiparabile, nella sostanza, al regolamento delegato). Anche dal punto di vista propriamente lessicale — si osservi il tenore del cit. art. 2-bis, VII comma, specie laddove richiama i « criteri direttivi » al fine di raggugliare il futuro con-

<sup>29</sup> V. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costitu-*

*zionale italiano*, *Le fonti normative*, Padova, 1984, 132.

tenuto del regolamento ad un parametro normativo di riferimento — sono molti i punti di contatto con il fenomeno sopra evocato; anche se, nella specie, appare tutt'altro che esaustiva la normazione di principio introdotta dall'atto legislativo.

Si osservi, ancora, sempre a fini esemplificativi, il tenore dell'art. 3, X comma, l. n. 249, in cui si deferisce al regolamento la disciplina pressoché integrale della radiodiffusione via satellite: « La diffusione radiotelevisiva via satellite originata dal territorio nazionale, compresa quella in forma codificata, è soggetta ad autorizzazione rilasciata dall'Autorità ovvero, fino alla sua costituzione, dal Ministero delle comunicazioni, sulla base di un apposito regolamento »<sup>30</sup>. Dalla disposizione appare evidente la natura meramente formale del fondamento effettuato dalla legge in confronto alla potestà normativa dell'organo indipendente, non risultando presente nella legge alcuna norma-principio introduttiva di un parametro da cui la disciplina regolamentare possa ritenersi astretta<sup>31</sup>. L'ipotesi qui esaminata può definirsi ancor più estrema (e grave) della precedente, dal momento che in essa si riscontra un assetto di norme-principio, derivabile dalla fonte legislativa, se possibile ancor più rarefatto e « inconsistente » rispetto all'esempio precedente; il che è immediatamente percepibile alla luce della vaghezza ed insufficienza dei termini normativi di riferimento richiamati dalla delibera 127/00/CONS. È evidente come, nella ipotesi qui esaminata, risulti inammissibile (illegittima) una connotazione e qualificazione della legalità (o, il che è lo stesso, del rapporto intercorrente fra atto-fonte primario e atto-fonte subordinato) in senso meramente formale; stante la pertinenza della materia trattata all'ambito coperto dal presidio di garanzia rappresentato dalla riserva assoluta.

Si vedano, altresì, i seguenti ulteriori casi, ancora relativi all'improprio, tenue e « formale » fondamento operato dalla legge Maccanico: art. 1, XIII comma, relativamente alla determinazione delle materie delegabili ai Comitati regionali per le comunicazioni (CORECOM), nonché alla individuazione degli « indirizzi generali » relativi ai requisiti ed ai criteri di incompatibilità dei componenti i CORECOM ed ai modi organizzativi e di finanziamento di questi ultimi organi (e si veda, ora, anche l'art. 13, II comma, legge Gasparri); art. 3, XI comma, relativamente alla competenza

<sup>30</sup> Il regolamento in questione, concernente la diffusione via satellite di programmi televisivi, è stato adottato con delibera 127/00/CONS. Si veda, altresì, la delibera 289/01/CONS, integrativa della cit. delibera 127/00/CONS, che ha introdotto — a seguito del fondamento di competenza normativa operato dall'art. 2-bis, X comma, d.l. legge n. 5/2001, convertito

in l. n. 66/2001 (modificativo dell'art. 3, XI comma, l. n. 249/1997) — la disciplina concernente i servizi radiotelevisivi via cavo ed il rilascio delle relative autorizzazioni.

<sup>31</sup> Cfr. S. FOIS, *La riserva di legge (Lineamenti storici e problemi attuali)*, Milano, 1963, 243 ss. e 285-6; IDEM, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, spec. 685 ss.



regolamentare concernente la disciplina delle trasmissioni in codice su frequenze terrestri; art. 1, VI comma, lett. a), n. 5, riguardante la istituzione di specifica competenza regolamentare relativa alla organizzazione e alla tenuta del registro degli operatori di comunicazione; art. 1, VI comma, lett. a), n. 10, seppur relativamente ad altro ambito, ovvero a quello delle TLC, fondante il regolamento sui ricorsi avverso le interruzioni del servizio pubblico di telecomunicazioni.

Analogamente può dirsi in riferimento alle ipotesi in cui la legge Maccanico attribuisce alla Autorità margini di apprezzamento che solo apparentemente sono riconducibili alla adozione di atti aventi natura provvedimentale — il più delle volte collegati alla evoluzione delle nuove tecnologie e all'andamento del « mercato » della radiodiffusione — e che, invece, presuppongono un contenuto sostanzialmente normativo; la qual cosa appare con sufficiente evidenza in riferimento a quella attività della AGCOM con cui questa si esprime in ordine alla configurazione del regime *antitrust*, segnatamente avendo riguardo al periodo transitorio. Si tratta, anche qui, di atti tipicamente normativi (e non meramente provvedimentali), sorretti, a loro volta, da assai esili presupposti o parametri di riferimento di livello legislativo o, comunque, primario.

A parte la, poc'anzi rimarcata, impropria attitudine innovativa della fonte regolamentare della Autorità — e venendo ad alcune ulteriori ipotesi in cui l'attività normativa dell'AGCOM mostra taluni significativi punti di contatto (e di altrettanto opinabile legittimità) con i regolamenti delegati —, occorrerebbe richiamare quegli episodi in cui la legge n. 249/1997 pare più o meno sensibilmente « disporre » del proprio lato passivo, ovvero quei casi in cui questa — rappresentandosi in guisa di legge atipica — abilita l'intervento della fonte subordinata (nella specie non del Governo ma dell'AGCOM) ad operare nei termini derogatori o sospensivi sopra detti. Si tratta di quelle non sparute occasioni in cui la legge Maccanico presuppone e, anzi, « dichiara » e presuppone essa stessa una propria intrinseca « fragilità » prescrittiva, in quanto si dispone, avendo riguardo al proprio grado di efficacia, nel senso della precarietà, della transitorietà, della temporaneità e, dunque, della « attesa » in confronto ad una futura apparizione della fonte regolamentare (del suo contenuto normativo). È in ciò, appunto, la diretta analogia con la fenomenologia dei regolamenti delegati e con quella, ancor più vasta, della delegificazione. Di tal che, anche in confronto a tali episodi, occorrerebbe contrapporre alle cause che solitamente s'invocono per legittimare il processo produttivo di norma qui esaminato — semmai possano reputarsi accoglibili — gl'impedimenti indotti, ancora una volta, dalla specificità ed « elevatezza » della materia trattata. Si vede bene, allora, come, nel caso di specie, potrebbero apparire viepiù insufficienti ed inadatte a legittimare la vasta azione discrezionale della Autorità quelle motivazioni che vengono solitamente addotte in riferi-

mento alla ammissibilità della delegificazione (e, prima ancora, alla ammissibilità della legge che dispone di sé medesima o di altra fonte primaria nei sensi ora visti). Sicché, anche a voler ritenere che la legge pseudo-delegante non disponga della propria forza formale, né istituisca fonti a sé concorrenziali, ma disponga dei soli e meri aspetti temporali in ordine alla propria limitata (temporanea, parziale, transitoria) efficacia<sup>32</sup> ... anche a voler consentire con tale impostazione, permarrebbe, comunque, la assorbente incapacità, da parte della legge, di « autoespungersi » da un ambito materiale in cui la stessa Costituzione pretende la sua necessaria presenza ed il suo tendenzialmente esaustivo intervento.

Neppure in linea con i presupposti di garanzia più volte qui evocati paiono, infine, quei casi in cui — segnatamente da parte della legge Gasparri — si consente alla fonte regolamentare della AGCOM un'ampia facoltà di tipo integrativo-esplicitativo dei radi principi immessi dalla legge stessa. Si veda, per tutti, l'art. 6, III comma, l. n. 112/2004, attributivo di vasto potere normativo in riferimento alla prosecuzione dei « Principi generali in materia di informazione e di ulteriori compiti di pubblico servizio nel settore radiotelevisivo » ed in cui si demanda alla Autorità il compito di « rendere effettiva l'osservanza » dei suddetti principi.

---

<sup>32</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, *Le fonti normative*, cit., 131.